

# APUNTES SOBRE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE R. ALEXY

Juan Carlos Utrera García

UNED



ALGUNOS escritos ofrecen, desde su aparición, expectativas tales que difícilmente pueden pasar desapercibidos en su correspondiente ámbito de estudio. Este parece ser el caso del reciente trabajo de R. Alexy, cuyo interés viene avalado tanto por lo sustancial de sus anteriores investigaciones, como por el hecho de haberse adentrado ahora en un comprometido espacio de reflexión teórica: la problemática propia de los derechos fundamentales.

La estructura sistemática seguida en la *Teoría* conserva, en no poca medida, los vínculos con postulados sostenidos por el autor en obras anteriores, especialmente preocupadas por los problemas de la argumentación jurídica<sup>1</sup>, punto de partida y de llegada, de algún modo, en el contexto general de la

---

<sup>1</sup> Se hace referencia principalmente a la conocida *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. ATIENZA e I. ESPEJO, Madrid, CEC, 1989, 346 p., y a los artículos posteriores que la completan. La obra ahora comentada se encuentra en *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, CEC, 1993, 607 p.

obra. No quiere darse a entender con ello que ésta sea mera prolongación de concepciones ya conocidas, pero sí que guarda una cierta continuidad con ellas en aspectos básicos. Desde aquellos mismos postulados que, como veremos, constituyen en sí una peculiar teoría del Derecho, tiene lugar el intento de realizar una aportación valiosa al debate en torno a los derechos fundamentales, un campo idóneo para integrar los principales elementos conflictivos de lo jurídico. La constatación de sus antecedentes resulta así imprescindible para comprender el sentido de las tesis que se pretenden indagar.

Sea como fuere, merece destacarse desde un primer momento el intento de restituir la unidad entre la tarea especulativa y la exigencia práctica en la investigación iusfilosófica, labor tan plagada de riesgos como lúcida en sus pretensiones. Por ello, valorar la aportación que en este campo hace la presente obra exige resaltar claves metodológicas de importancia capital para la filosofía del Derecho y del Estado, a la vez que requiere un análisis detenido de sus presupuestos fácticos en relación con el objetivo perseguido. Para intentar una aproximación a su significación, habrá que evaluar hasta qué punto se cumplen los requisitos de coherencia teórica y de concordancia con los hechos sobre los que se proyecta y a los que pretende dar respuesta.

El propósito de estas páginas consiste, por una parte, en presentar el trabajo de Alexy, no a través de un repaso temático exhaustivo, sino mediante la elección de diferentes aspectos idóneos para dar cuenta de sus líneas generales; por otra, en esbozar, al paso de lo anterior, algún comentario crítico en el marco de la Teoría del Derecho, destacando sus aportaciones significativas y sus facetas más problemáticas.

## **I. Los presupuestos de la teoría de los derechos fundamentales**

La caracterización del proyecto elaborado por R. Alexy se atiene a la propuesta inicialmente formulada, según la cual se aspira a construir una *teoría jurídica general de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental*. Desde este momento asume un enfoque positivista en sentido amplio en el tratamiento de los derechos fundamentales, esto es, el objeto de estudio se limita al conjunto de los derechos fundamentales positivamente válidos en un ordenamiento<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Todas las menciones normativas hacen referencia al sistema jurídico alemán vigente, del mismo modo que el análisis de la jurisprudencia atiende exclusivamente a las sentencias del Tribunal Constitucional

En segundo lugar, el método radica en la conexión de las dimensiones analítica, empírica y normativa, en el sentido que el autor les atribuye, como requisito de racionalidad de una ciencia del derecho que aspira a superar perspectivas parciales acerca del fenómeno jurídico en tanto que disciplina práctica que persigue fundamentar juicios jurídicos concretos de deber ser. Las dificultades que subyacen a este planteamiento inicial, que aúna el examen lógico-conceptual de las disposiciones constitucionales, la consideración de la praxis legislativa y judicial, y la posibilidad de la contrastación racional de esta última, respectivamente, obligan a repasar con detenimiento los procesos por los que se relacionan dimensiones de tan compleja conciliación.

Las premisas de esta «nueva dogmática» pretendidamente apta para reelaborar sistemáticamente el resultado de dicha fusión son, con carácter general, consecuencia de la constatación de las insuficiencias de los modelos normativista y empirista, lo que va a ceder el protagonismo a las teorías de la decisión jurídica, receptoras pero trascendentes de las contribuciones de aquellas, y con ello, a trasladar el centro de la discusión a las cuestiones de la objetividad y la racionalidad en la argumentación.

Así se comprende que una de las premisas primordiales sea la aceptación del Derecho como un compuesto del conjunto de imperativos dotados de autoridad, del *ius positum*, y de la elaboración dogmática, del «lenguaje de los juristas»<sup>3</sup> desprovisto de cualquier presunción cognoscitivista. Únicamente desde esta tesis de fondo cabe iniciar un estudio analítico comprensivo de elementos no necesariamente normativos; la práctica jurisprudencial y su fundamentación son agregados a la materia con la que se conforma una teoría *a priori*, y que por ello es dinámica y nunca cerrada a confines definitivos. La inclusión de perspectivas hasta tal punto diversas en este ámbito *sui generis* de lo analítico implica, cuando menos, el replanteamiento de la posibilidad de lograr los propósitos de claridad conceptual y coherencia en un espacio tan profusamente poblado de dificultades. En todo caso, obliga a innovar el modo de reflexión, dada la naturaleza de los componentes que entran a formar parte del conjunto que se pretende ordenar, como si la vieja

---

Federal. Ello supone un límite a la extrapolación de las conclusiones específicas a otros ordenamientos, si bien, en atención a sus semejanzas, cabe tomar en consideración el planteamiento general de numerosos problemas.

<sup>3</sup> El uso de esta expresión parece adecuado por ser el propio de quienes crean y aplican el Derecho, y el que conecta la creación teórica con su realización práctica. En este sentido lo utilizan, entre otros ROBLES, G., *Introducción a la teoría del Derecho*, Madrid, Debate, 1989 (2.ª ed.), pp. 156 y ss. o, recientemente, GASCÓN, M., «Consideraciones sobre el objeto de la filosofía jurídica», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1993, Tomo X, pp. 194 y ss.



estructura careciera de la aptitud y de los instrumentos imprescindibles para asumir esta pretensión.

Algunos conceptos se vuelven necesarios para asumir la propuesta descrita. Paradigmáticamente, en la noción de norma iusfundamental quedarán incluidas tanto las disposiciones que por su forma de positivación pueden considerarse normas de derecho fundamental (por su inclusión como tales en el texto constitucional o por su igual garantía), como aquellas elaboradas por la jurisdicción constitucional, denominadas *normas adscriptas*, asimiladas a las primeras en tanto que las precisan conforme a una fundamentación iusfundamental correcta. El reconocimiento de ambas categorías como base normativa del objeto de estudio de la Ciencia del Derecho confirma la redimensionalización del análisis proyectado al incluir componentes que no vienen dados autoritativamente por el legislador.

Un segundo aspecto esencial de esta teoría de los derechos fundamentales, e indudablemente el más importante, es el que viene definido por la concepción estructural de reglas y principios en que se traducen las normas iusfundamentales en tanto se redefinen más allá de los presupuestos normativos, y que describe el contexto explicativo de una teoría normativo-material de los derechos fundamentales. Las disposiciones iusfundamentales aparecerían así con un doble carácter, de un lado ordenan la consecución de fines en la mayor medida posible, es decir, en la medida de las posibilidades jurídicas y reales existentes; de otro, contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. El juego como principios o reglas, respectivamente, pone de relieve la índole abierta de las disposiciones iusfundamentales de tal modo que los primeros aparecen como directrices *prima facie*, frente al carácter definitivo de las reglas. Sin embargo, lo singular de la teoría estriba en que las disposiciones tomadas como principios pueden fundar, de acuerdo con determinadas exigencias, derechos definitivos que en su caso conduzcan a colisiones con reglas. La solución al problema de la jerarquía entre unos y otras se revela complicada: aun cuando las reglas contienen determinaciones, los principios son razones para establecer otras hipotéticas determinaciones que, en su caso, pueden preceder a aquéllas. En última instancia esto lleva a admitir la movilidad de todo un sistema de derechos fundamentales que se hace girar alrededor del eje de la argumentación iusfundamental.

En efecto, la imposibilidad de establecer explícita y específicamente el alcance de la normativa de derecho fundamental desde su misma base legal constitucional advierte del papel central que van a desempeñar los principios como elemento de armonización del sistema. Para comprender la teoría de



Alexy no puede perderse de vista la permanente alusión al ordenamiento positivo, ni tampoco el papel asignado a las condiciones que lo explican, esto es, el relevante contenido valorativo que posee y que obliga a rebasar el modelo clásico de la racionalidad formal y a la superación de su correspondiente hermenéutica<sup>4</sup>. De tal modo, si el Derecho persiste en su función de integración social con base en pautas prescriptivas, en la actualidad se ve forzado a recomponer la pluralidad de objetos de regulación teniendo en cuenta componentes valorativos difícilmente adaptables a un *modelo puro de reglas* en tanto determinaciones normativas concluyentes. Desconocer esto es ignorar la base empírica que sirve para la validación de la estructura entera del sistema; sin embargo, descubre un caudal de problemas a los que debe hacer frente para cumplir el requisito de su propia unidad y coherencia interna.

En resumen, y de acuerdo con lo hasta aquí expuesto, la teoría de los derechos fundamentales es en gran medida, según reconoce el mismo Alexy, una teoría de los principios que subyacen a ellos. El planteamiento de esta conclusión con el fin de obtener los instrumentos lógicos necesarios para establecer una tesis consistente y comprensiva de la normativa iusfundamental, responde al intento de hacer concordar las tres dimensiones mencionadas al inicio. Ciertamente, semejante teoría de los principios<sup>5</sup> (aun cuando se refiera a reglas/principios) asume, por una parte, una perspectiva por la cual las disposiciones de derecho fundamental quedan inmediatamente transformadas en *normas iusfundamentales* con el doble carácter aludido; por otra parte, en ella misma es ya posible integrar el resultado de la praxis jurisdiccional y el análisis de sus fundamentaciones.

En este punto, quizá sea conveniente volver a considerar el papel que Alexy asigna a las normas adscriptas para la mejor comprensión de las implicaciones de una teoría de los principios que atraviesa por completo a la de los derechos fundamentales<sup>6</sup>. Son las que la jurisprudencia y la dogmática adscriben a normas directamente estatuidas en la Constitución, las que desarrollan sus contenidos para su concreta aplicación. A pesar del esfuerzo por impedir

---

<sup>4</sup> M. CAPPELLETTI ha destacado enorme significado que adquiere la justicia constitucional, precisamente por pasar a ocuparse tras la posguerra de los *problemas sociales de nuestra época* y sus derechos conexos (*Processo e ideologie*, Bolonia, Il Mulino, 1969, p. 539 ss.); en el mismo sentido, H. FIX-ZAMUDIO, *Los Tribunales Constitucionales y los derechos humanos*, México D.F., UNAM, 1968, p. 168.

<sup>5</sup> La atención a los principios como puente entre el derecho positivo y el ideal de justicia no es desconocida en la tradición jurídica alemana. Autores como J. ESSER o K. LARENZ han tratado de vincular ambos aspectos, principalmente el último, donde se encuentran claros precedentes de la conceptualización de Alexy; *vid.*, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. de L. Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1985, pp. 32 y ss.

<sup>6</sup> Para un aplicación jurídica del concepto, *vid.* «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», en *Doxa*, 5, Alicante, 1988, pp. 139-155.

la disolución del concepto de norma estatuida, es indudable cómo la normativa práctica difumina notablemente sus contornos, pues si bien es cierto que aquélla se identifica conforme a su validez, las normas adscriptas con ella relacionadas sin solución de continuidad tienen origen en un proceso de naturaleza bien distinta. La quebradiza frontera entre ambas permite, en definitiva, poner en comunicación la esfera analítica en sentido estricto (o de la norma estatuida en tanto objeto lingüístico) y la de la argumentación racional (práctica) como requisito de su aplicación concreta<sup>7</sup>.

Al reconducir estos distintos aspectos a un mismo plano se va a establecer también la conexión esencial de normas y principios. Y ello, porque se admite que la fundamentación racional de los juicios de deber ser va más allá de la mera subsunción y tiene en cuenta elementos metapositivos, aunque vinculados al ordenamiento jurídico. La teoría de los principios sí ofrece la posibilidad de desarrollar, en los casos difíciles, argumentaciones racionales no sometidas únicamente al exhaustivo examen de validez, sino centradas precisamente en la ponderación de los principios, lo que posee una dialéctica peculiar, dominada por las nociones de intervención y de afectación, más cercanas a la racionalidad práctica que al método de la jurisprudencia científica tradicional.

Ahora, lo relevante es dilucidar el respectivo peso de cada uno de los principios que entran en juego en la resolución de un caso particular. Como razones de una decisión, de un juicio de deber ser, habrán de atenerse a cánones de la razón práctica que operan a partir de un catálogo de principios previamente establecido, de tal modo que en la tarea de la jurisdicción constitucional, la argumentación racional conforme a principios precede a la decisión jurídica y, cuando haya sido realizada correctamente (lo que deberá tratarse posteriormente), el resultado de dicha ponderación será considerado norma iusfundamental adscripta.

Con ello puede adivinarse ya, hasta qué punto la solución final se difiere, hasta qué punto el cierre del sistema debe esperar al desenlace que tiene lugar en el ámbito de la argumentación racional de las decisiones. A pesar de que éste sea una pieza clave de lo que inicialmente consideramos objeto del estudio normativo, la problemática de la *Teoría* queda todavía abierta con el fin de indagar, desde estos presupuestos, otros aspectos analíticos que faciliten una conclusión más sólida.

---

<sup>7</sup> Es el mismo problema al que se enfrenta Fr. MÜLLER y con cuya teoría contrasta sus tesis Alexy, quien reconduce a la argumentación jurídica a través de normas adscriptas lo que aquél resuelve con la idea de *programa normativo* o base estructural de la realidad social para dar cabida a la función interpretativa expansiva a partir de las normas positivas. La controversia la recoge ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales* cit. pp. 74 a 80.



Un elemento de similar importancia en el estudio elaborado por Alexy acerca de los derechos fundamentales, estriba en la traducción de los derechos subjetivos implícitos en sus cláusulas en posiciones jurídicas fundamentales, sistematizadas en la triple división de *derechos a algo*, *libertades* y *competencias*. Las posiciones atienden a las posiciones iusfundamentales posibles nacidas de las vinculaciones recíprocas en términos de derechos y obligaciones establecidas entre los sujetos de la relación jurídica. Dicho criterio es utilizado para establecer la clasificación, toda vez que se presenta como abstracción de la estructura de los derechos realmente recogidos en la Ley Fundamental.

Los derechos fundamentales comprendidos en la categoría de *derechos a algo* se corresponden con los que habitualmente vienen siendo denominados derechos de defensa, cuando obligan a un no hacer, sea fáctico o sea jurídico, al destinatario, o bien con aquellos que exigen una acción positiva, sin distinción de su carácter práctico o normativo. En otras palabras, se refiere a los derechos cuya conformación lógica es reductible a las modalidades deónticas básicas de prohibición, mandato, y permisón positiva y negativa, respectivamente. En cuanto a las *libertades*, son comprendidas en el marco de la permisón y constituyen por tanto un límite del deber ser, un género de libertad negativa perfecta frente al Estado, al constituirse como un derecho de no estorbo y a la vez como competencia para activar la protección judicial del derecho en caso de quebrantamiento. Por último, las *competencias* indican un poder hacer jurídico de modificación de posiciones y normas, aparecen como «acciones institucionales» del ciudadano frente al Estado, e implican la no eliminación de posiciones dada la no competencia de éste.

Como ha sido apuntado, el desarrollo de la vertiente analítica persigue suministrar la claridad conceptual necesaria para sostener sobre ella la plausibilidad de una argumentación jurídica racional, pues constituye el prelude de la definición integral de derecho fundamental que resulta ser un *haz de posiciones definitivas y prima facie vinculadas recíprocamente a través de relaciones de precisión, mediolfin y ponderación*, y, en lo que aquí interesa, *adscriptas a una disposición iusfundamental*<sup>8</sup> (generadora de posiciones iusfundamentales). Es la precisa delimitación de las posiciones respectivas del ciudadano y el Estado y su mutua relación, unida a las distinciones metodológicas antes tratadas, la que permitirá obtener este concepto formal *a priori*, más orientado a señalar los procedimientos que en cada caso concreto hayan

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 244. El problema inmediato que plantea es el de la sublimación de las posiciones respecto a las mismas disposiciones de las que traen causa.

de llevar a una determinada conclusión que a decir con alguna exactitud qué pertenece al estricto ámbito jurídico de un derecho fundamental.

La exigencia de rigor conceptual del sistema de posiciones tiene su complemento en el desarrollo de la «teoría del status» de Jellinek, en cuyas categorías se ubican las diferentes tipologías de derechos fundamentales en tanto derechos subjetivos que definen la relación Estado-individuo<sup>9</sup>. No obstante, la defensa de la validez de un modelo abstracto y formal para reforzar el análisis estructural de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental traerá consecuencias dispares, si se pretende generalizarlo, a la hora de proyectar sus presupuestos sobre algún tipo de derechos cuya entidad material y valorativa dificulte una adaptación sencilla al sistema. Como habrá ocasión de comentar, éste será precisamente uno de sus aspectos más discutidos.

Si hasta aquí se ha hecho referencia al concepto de derecho fundamental como un todo, corresponde ahora prestar atención brevemente a su concreción fáctica en el proceso de decisión jurídica. El tránsito de uno a otra se lleva a cabo de la mano, una vez más, de la teoría de los principios.

La amplitud del supuesto de hecho sostenida por Alexy<sup>10</sup>, y la multitud de proyecciones aplicativas de las posiciones *prima facie* derivadas de las normas iusfundamentales en tanto principios, exige la imposición de restricciones a aquéllas mediante la oposición de reglas (acordes con la Constitución) o de otros principios igualmente conferidos por normas iusfundamentales. En el primer caso, la reglas, más cercanas a las posiciones definitivas que se persigue alcanzar, contienen una negación de la libertad amparada *prima facie* por el principio; en el segundo, habrá que proceder a una ponderación entre el principio restringido y aquél que lo restringe, en tanto que ambos aportan razones para normas definitivas, aunque de contenido divergente.

La distinción de reglas y principios ayuda a comprender cómo, en última instancia, la noción de restricción, ligada íntimamente a la definición de derecho fundamental, se mueve básicamente en los dominios de la teoría de los principios.

---

<sup>9</sup> En los márgenes en que en principio se sitúa Alexy, el recurso a *tipos normativos* y a *series de tipos* es insuficiente para lograr un cierre sistemático del ordenamiento jurídico, dado el paulatino vaciamiento de los conceptos generales y las limitaciones del análisis lógico-formal propuesto. Aun cuando sirve para proporcionar, en palabras de Hart, un «núcleo firme de significado», el análisis conceptual no resuelve cuestiones ulteriores de naturaleza práctica y jurídico-política. (Vid. P. MAZUREK, «Teoría analítica del Derecho», trad. de J.A. García Amado, en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, ed. a cargo de A. KAUFMANN y W. HASSEMER, Madrid, Debate, 1992, pp. 285-6).

<sup>10</sup> Es difícilmente imaginable que a propósito de cualquier conflicto jurídico no pueda establecerse vinculación, ya en el nivel de las reglas, ya en el de los principios, con la normativa iusfundamental. Sobre los límites de la proyección constitucional de los derechos, vid. R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1989, pp. 383-395.



Salvo en lo relativo a las cláusulas restrictivas expresas de rango constitucional, que originan directamente posiciones definitivas en la medida en que conllevan la negación del reconocimiento de derechos o libertades determinadas, tanto las cláusulas tácitas directamente constitucionales con naturaleza de principios sustentadores de posiciones materiales en el ámbito de los derechos fundamentales <sup>11</sup>, como todas aquellas normas restrictivas indirectamente constitucionales (autorizadas por normas constitucionales), son capaces de crear posiciones definitivas únicamente en el margen concedido por la ponderación de principios, pues posiciones definitivas no son otra cosa sino lo que queda después de la ponderación.

El universo de ponderaciones posibles entre los principios subyacentes a las normas iusfundamentales arroja una aproximación al contenido esencial de cada uno de los derechos fundamentales sólo como límite de las restricciones a ellos oponibles. Es, en consecuencia, el resultado de la ponderación de un principio determinado con los principios y reglas contrapuestos, y por ello, al incardinarse en el todo de la regulación iusfundamental de la que se deduce su entidad y sus límites inmanentes, el contenido esencial es relativo y *a posteriori*: concurre cuando se dan las condiciones en las cuales puede decirse con muy alta seguridad que no tiene precedencia ningún principio opuesto. De ahí se deduce que el concepto de contenido esencial no añade, de suyo, nada nuevo al principio de proporcionalidad como ponderación ni al concepto ya adelantado de derecho fundamental.

La crítica de semejante teoría de los principios y de su aptitud para vertebrar la de los derechos fundamentales, y la profundización de los *derechos generales* que sirven a Alexy para ejemplificarla, ocuparán las siguientes líneas. La conclusión corresponde necesariamente al tratamiento de los problemas específicos de la argumentación.

## II. Significación y límites de la teoría

### 1. Sobre los elementos peculiares

La mera reformulación del concepto de norma de derecho fundamental, imprescindible para sustentar una teoría de los principios, hace posible

---

<sup>11</sup> Se dejan de lado de momento los principios constitucionales formales porque son irrelevantes en esta discusión ocupada en el aspecto material iusfundamental. En una fase ulterior sí operan como límites a la intervención jurisdiccional.



emprender un análisis de la *Teoría* enfocándola como un intento de mediación entre la decisión singular y una teoría general transida de problemas y escasa de apoyaturas jurídicas para resolver conflictos donde se hallan implícitas consideraciones de justicia material. La incapacidad de reformular en términos normativistas ordenamientos que, como el alemán actual, introducen cláusulas y fuentes que transforman el sentido mismo del sistema jurídico, aboca a tomar en consideración modelos alternativos de justificación de las decisiones. Hasta tal punto es así que, como se señaló, se ponen en evidencia las implicaciones de la teoría de los principios con el vecino mundo de los valores, desde el momento en que el propio contenido de la regulación constitucional de los derechos fundamentales abre el cauce para que sean estimados como elementos substanciales de la decisión jurídica.

De hecho, la afinidad estructural entre principios y valores lleva a reafirmar al mismo Alexy la especificidad de los razonamientos operados en el seno de esta fórmula. Y, del mismo modo que muestra su virtualidad para superar las dificultades planteadas por la interpretación constitucional en la actualidad, también le transfiere la posibilidad de oponerle la serie de objeciones habitualmente argüidas frente a las teorías axiológicas. Por lo tanto, la teoría de los valores deberá hacer frente a las críticas que hablan del riesgo de subjetividad con la consiguiente tendencia al decisionismo judicial, de la controvertida racionalidad del método de ponderación, así como de su compatibilidad con la cláusula de Estado de Derecho en tanto puede afectar considerablemente a la seguridad jurídica. Son los inconvenientes de la aceptación de componentes valorativos en la jurisprudencia, que obligan a transformar las herramientas de la ciencia del derecho tras la crisis epistemológica del último positivismo <sup>12</sup>.

Y del mismo modo, aunque en otro sentido, el paso de lo general a lo particular, de las posiciones *prima facie* a las definitivas, del material normativo dado a la decisión casuística, no aporta puntos de apoyo estables para la construcción de una dogmática de los derechos fundamentales; por el contrario, y con independencia del valor que se asigne a los precedentes, destaca como elemento central de este modo de proceder la continua actualización de las decisiones jurídicas sobre la base inalterada de la teoría de los principios, esto es, las normas iusfundamentales adscriptas circunscriben su operatividad al supuesto concreto con motivo del cual se lleva a cabo la ponderación entre

---

<sup>12</sup> En nuestro país, y desde similares presupuestos positivistas se ha puesto de relieve la relación entre principios constitucionales y valores, reconociéndoles fuerza prescriptiva en el ámbito jurisprudencial. Vid. PECES-BARBA, G.: *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 97-105.



principios o entre principios y reglas fundamentadas en principios. La noción de derecho fundamental como un todo comunica su dinamismo a cada decisión y hace de ella una mera hipótesis provisoria respecto a cualquier otro supuesto al que no es necesariamente trasladable. Esta es la razón de que se hable de posiciones antes que de facultades, y de que se subraye el papel de su restricción para lograr su misma definición.

Del conjunto, nos encontramos ante un sistema que proporciona una protección amplia, al menos en primera instancia, del ámbito material de los derechos, a la vez que conserva los vínculos con el texto constitucional. La noción de «supremacía constitucional» toma aquí pleno significado en tanto que las tareas asumidas por la jurisdicción constitucional engloban una redefinición del ordenamiento jurídico en su totalidad, algo posible únicamente a través de un mecanismo activo de interpretación envolvente de los diferentes estratos de la jerarquía normativa. La consecuencia es el extraordinario incremento de la competencia de los Tribunales constitucionales, hasta los límites señalados por la potencial irradiación de los derechos fundamentales a los diferentes casos susceptibles de ser presentados en la esfera de algún principio iusfundamental. El control de esta función se desplaza a un terreno no estrictamente jurídico que plantea la exigencia de una labor continuada y racional orientada por el principio de proporcionalidad, pero deja incontestada toda la problemática referida al equilibrio de los poderes políticos y su delimitación mutua. Las soluciones deberán esperar también ahora a algunas reflexiones a propósito de la argumentación como núcleo recurrente de toda la teoría.

## 2. Los derechos generales y el problema del *status activus processualis*

El estudio desarrollado por Alexy sobre los derechos generales (libertad e igualdad) de la Ley Fundamental<sup>13</sup> sirve para mostrar el juego de la teoría de los principios. Se trata de cláusulas iusfundamentales cuya estructura normativa y textura lingüística los convierte en prototipos idóneos para una indagación especialmente provechosa de cuanto hasta aquí ha sido comentado.

---

<sup>13</sup> Hace referencia a los arts. 2.1 y 3.1 de la Ley Fundamental, que establecen que *Todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, siempre que no vulneren los derechos de otro ni atenten al orden constitucional o a la ley moral, y que Todos los hombres son iguales ante la ley, respectivamente.*

Estos derechos bien pueden encontrar su paralelo en los arts. 10 y 14 de la Constitución Española, aunque la semejanza de su significación a la luz del pensamiento de Alexy debe evitar establecer analogías confusas. La interpretación divergente adoptada por las correspondientes jurisdicciones constitucionales lleva a conclusiones dispares.



Interesa subrayar, en primer lugar, que la estimación misma de tales disposiciones como fuente de derechos generales lleva implícita la asunción de la interpretación plasmada en normas adscriptas imputables al Tribunal Constitucional Federal, es decir, la *Teoría* se basa en presupuestos formales no estrictamente autoritativos.

En segundo término, el tratamiento de los derechos generales habrá de tener en cuenta el mayor protagonismo asignado a la ponderación para la consecución de las decisiones. Así, en lo tocante al derecho general de libertad supone la protección *prima facie* de algo tan vago como la libertad general de la acción humana a instancias de la noción esencial de dignidad, agregado de la libertad negativa y de la socioeconómica, que puede ser proyectado sobre innumerables supuestos de índole jurídica. Dada la magnitud y la potencialidad del principio, la búsqueda de su contenido sustancial ha de apoyarse en un proceso complejo de ponderación con otros principios alusivos al valor libertad, así como limitadores de él.

Siguiendo la doctrina de Alexy, el contenido originario del derecho fijado por la jurisprudencia alemana señala la «independencia de la persona» y la «personalidad autorresponsable» como sus objetos propios, y defiende una concepción ético espiritual de la persona que sitúa al individuo en relación con la comunidad. En todo caso concede primacía al principio «formal» de la libertad negativa, que acompañado de otros con entidad material permitiría sopesar cuál sería la decisión correcta en un caso determinado. Si, por un lado, cabe deducir un contenido esencial infranqueable de la expectativa muy probable de que determinadas posiciones queden inalteradas tras ponderaciones potenciales, por otro, coexisten márgenes para la intervención estatal en tanto cuenten con apoyaturas en principios de mayor peso. El grado de privacidad, y su opuesto, la intensidad de su afectación, son los criterios de establecimiento de la divisoria entre las posiciones definitivas que el derecho general sea capaz de crear y aquellas que quedan fuera de su alcance.

Sabemos que, por ejemplo, el espacio ocupado por la más estricta intimidad opone mayor resistencia a la intervención que aquél que afecta intensamente a la vida social, sin embargo, la delimitación de cada área tiene que apelar recurrentemente a la confrontación de principios fundadores de las pretensiones ocasionales. En este sentido, el derecho general de libertad va más allá que los derechos de libertad específicos expresamente reconocidos, pues éstos pueden asimilarse a las reglas en muchas facetas; aquél, genera de suyo derechos definitivos y tácitos al margen de los primeros.

En mi opinión, tales afirmaciones dan pie al planteamiento de nuevas objeciones acerca del carácter individualista de los postulados básicos que sus-

tentan el principio de libertad en la exposición de Alexy. Páginas atrás se sugería que en dicho sistema abstracto los derechos de defensa encuentran mejor cabida que los prestacionales, y desde este punto de vista, no puede considerarse neutral un estudio analítico que prejuzga la formalidad de los derechos acotando una relación cerrada de conformación de normas, a no ser que se sostenga una apreciación notablemente desigual acerca de aquellas. Queda abierto el interrogante sobre la oportunidad de esta teoría individualista y subjetivista frente a las pretensiones de socialización mantenidas por otros autores<sup>14</sup>.

A estas diferentes categorías de derechos cabe trasladar, al fin y al cabo, toda la controversia que encierra el manejo de conceptos surgidos de la filosofía política y, por lo tanto, enfrentarle el cuestionamiento de la legitimidad y sus límites racionales cuando se opera con ideas asumidas no siempre cargadas de razones en este contexto ¿Puede una teoría de los principios como la presentada conceder valor absoluto a las premisas adoptadas por un tribunal constitucional acerca de estos conceptos? Su neutralidad no parece garantizarse por este camino, pero ésta también resulta ser una cuestión digna de estudio por la teoría argumentativa.

Cuestiones no menos complejas plantea el derecho general de igualdad. Por mediación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal éste abarca tanto la aplicación como, lo que es más importante, la formulación misma del Derecho, con la consiguiente constricción al legislador. Plantea pues, la necesidad de determinar cuáles son los criterios válidos para establecer las condiciones de igualdad en la legislación, es decir, cuáles son las propiedades relevantes del par de comparación que exigen ser respetadas de acuerdo con el principio de igualdad.

Decidir la igualdad o desigualdad exige una valoración previa de las pautas conforme a las cuales es posible instaurar dicha distinción. En principio, el mandato de tratamiento igual obliga a oponer una *razón suficiente* si se quiere justificar un tratamiento desigual, correspondiendo entonces la carga de la argumentación a esta última pretensión, pero, en todo caso no hay respuesta a qué es realmente *razón suficiente*, de manera que la jurisprudencia constitucional está llamada otra vez a elaborar su fundamentación racional, inevitablemente en el terreno de los valores. En opinión de Alexy, debe confiarse en dicha posibilidad como único cauce de solución del problema, pues la

<sup>14</sup> Una muestra en PREUSS, U.K.: «La crisis del mercado de trabajo y las consecuencias para el Estado social», en Corcuera, J. y García, M.A. (eds.), *Derecho y Economía en el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1978, pp. 71 ss.

máxima de igualdad, tal como está formulada, no ofrece ningún punto de apoyo a otra solución alternativa.

Por su parte, la *paradoja de la igualdad* resultante de la forzosa aceptación en algunos casos de la desigualdad de *iure* si se quiere instituir la igualdad de hecho, conduce al dilema entre la renuncia a la igualdad de *iure* (en los actos) o la frustración de la igualdad fáctica (en los resultados). El autor muestra una preferencia por la primera opción, impuesta por la coherencia con el postulado de la carga de la prueba, aunque ello significa tomarlo desde el punto de vista de los actos, sin explicar por qué no lo hace desde el de las consecuencias. Ciertamente puede constatarse la dificultad de prever los efectos de las disposiciones en términos de estricta igualdad de hecho, pero no hay motivo para eximir al legislador de tal imposición desde una perspectiva metodológica. Lo que sí cabe discutir es la trascendencia que para el sistema de división de poderes tendría afirmar el carácter vinculante del principio que aboga por la consecución de la igualdad fáctica como conformador de derechos subjetivos exigibles judicialmente al Estado.

Es verdad que entre los dos extremos en que puede derivar el principio de igualdad no es posible establecer un término medio con las mínimas garantías para la seguridad jurídica. La prioridad de uno sobre otro se resuelve en un contexto de decisión inmerso, como ocurriría con el principio de libertad, en las cuestiones polémicas de la filosofía jurídico-política relacionadas estrechamente con las diferentes concepciones del Estado. Alexy admite que efectivamente respecto al *problema acerca de si hay que adscribir al artículo 3.1 de la Ley Fundamental también un principio de igualdad de hecho de lo que se trata es de una cuestión que es solucionable adecuadamente sólo dentro del marco de una discusión básica teórico-jurídica, politicológica y epistemológica*<sup>15</sup>, si bien, prescinde de este análisis y recupera el núcleo de su teoría concediendo a la igualdad de hecho el carácter de principio, de razón *prima facie* cuya suficiencia, y una vez confrontada con una suma de principios adversos, entre ellos el de la misma igualdad de *iure*, puede dar lugar a derechos ahora sí definitivos.

La intervención de la justicia constitucional para imponer al legislador una regulación desigual de *iure* en beneficio de la igualdad fáctica no puede realizarse en amparo de derecho *a priori* alguno, sino como resultado de una ponderación de principios tras la cual prevalece el de igualdad de hecho. Inferir de ahí algún contenido esencial supone reconocer la exigüidad del

---

<sup>15</sup> ALEXY, *Teoría* cit., p. 407.

mismo a la vista del valor conferido a los principios contrapuestos y, principalmente, al de la libertad del legislador para la normación social. Que el reconocimiento del derecho (definitivo) de pobres o la garantía del mínimo vital sea el fruto de la ponderación es ilustrativo, en todo caso, del lugar que queda asignado a los supuestos derechos definitivos cimentados sobre el principio de igualdad de hecho. Las razones suficientes que sustentan estos derechos no van más allá de lo permitido por una ponderación inspirada en una muy concreta filosofía del Estado; no obstante, la estructura de la teoría de los principios deja abierta la posibilidad de llegar a diferentes conclusiones desde premisas ideológicas de distinta orientación.

En cuanto a los denominados *derechos a acciones positivas del Estado*, o derechos a prestaciones en general, constituyen un segundo campo de verificación de la aptitud de la teoría de los principios para la solución de problemas específicos. Como en el caso de los derechos generales, están implícitos elementos controvertidos y, del mismo modo, el soporte normativo resulta escaso hasta el punto de demandar una construcción teórica en la esfera del «lenguaje de los juristas».

Hay que poner de relieve el hecho de que el reconocimiento textual de este tipo de derechos a prestaciones en los ordenamientos abarca apenas a un restringido haz de obligaciones públicas estatales<sup>16</sup>. La acreditación, por tanto, de derechos a acciones positivas no expresamente recogidos constitucionalmente tiene que recurrir a cláusulas enunciadas objetivamente que autoricen a realizar dicha deducción. El principio de la dignidad de la persona, la cláusula de Estado social, o la máxima de igualdad, entre otras, se ofrecen a ello, pero son insuficientes para perfilar con rigor su alcance respecto de los derechos que eventualmente pudieran quedar bajo su amparo; como los derechos generales, su especificación también acarrea una gama de opciones comprensiva de cuantas definiciones del papel de Estado quepan, en principio, en el tenor de la Constitución, que darían lugar a su vez a otras tantas hipótesis acerca de la extensión de los derechos subjetivos a acciones positivas. Por eso, la aclaración de esta cuestión es previa a cualquier intento de hallar su ámbito propio.

Y es que Alexy, más lejos ahora de la teoría normativa estricta, prefiere hacer una aproximación histórico genética a la Ley Fundamental para descubrir en ella *primariamente el carácter de una Constitución burguesa y de*

<sup>16</sup> No sólo en el ordenamiento constitucional alemán, que recoge la protección a la madre y la asistencia por la comunidad, sino también en el español, donde, dejando a un lado los *principios rectores*, apenas pueden considerarse en sentido estricto como tales el derecho a la educación (art. 27) y al trabajo (art. 35).

*Estado de derecho orientada hacia los derechos de defensa*<sup>17</sup>. Es una importante explicación para discurrir con mayor seguridad, de mano de la teoría de los principios, por semejante ámbito de explosividad política. Desde luego, no es este el lugar para entrar a juzgar dicha afirmación; pero sí se quiere destacar porque es el telón de fondo que permite conformar las tesis ulteriores, y no otras en su lugar.

Los derechos que quedan bajo este epígrafe pueden clasificarse, según Alexy, en *derechos a protección*, *derechos a organización y procedimiento* y, por último, *derechos a prestaciones en sentido estricto*. En tanto derechos subjetivos, confieren a su titular la competencia para hacerlos valer judicialmente, del mismo modo que los derechos de defensa, cuando tras el contraste de principios fundamentan derechos definitivos. Pero la ponderación en este caso exige una fase anterior en la que tiene lugar la aceptación de los principios favorables a los derechos prestacionales, consistente en lo que se presenta como *concepción formal de los derechos fundamentales* (de acciones positivas, cabe añadir) por la cual son así considerados las *posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la mayoría parlamentaria*<sup>18</sup>. Esto trastoca la asimilación con las categorías de derechos antes analizadas, pues el problema político aparece en toda su plenitud, y en lo que se refiere a los derechos del status positivo, plantea las contradicciones nacidas de la oposición entre la concepción liberal del Estado de Derecho y la del Estado social, su preciso significado, y su plasmación jurídica. La compleja fusión de ambos modelos, históricamente superpuestos, ocupa el trasfondo de unos problemas que Alexy evita interpretar en clave político-ideológica, pero cuya solución inexorablemente debería pasar, cuando menos, por la aceptación del contraste del formalismo que prima la sumisión a la jerarquía normativa, con el finalismo asociado a la preeminencia de valores, como núcleos característicos de cada uno de ellos.

Al conferir a la jurisdicción constitucional la competencia de decisión sobre la pertinencia de la ubicación de determinadas posiciones en el derecho constitucional por el criterio de su importancia, se está poniendo de manifiesto su debilidad estructural, su fragilidad frente a los avatares fruto de ponderaciones que primaran la competencia del legislador ordinario legítima y democráticamente instituido que bien pudiera restringirlos. Dada la práctica inexistencia de estos derechos como reglas estatuidas constitucionalmente, la adscripción,

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 421.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 432.



acompañada inevitablemente de un mayor margen de libertad, parte en Alexy de un concepto débil y materialmente amplio como es el de la dignidad de la persona, que vinculado al principio formal da lugar a un derecho general de prestaciones. En él caben potencialmente interpretaciones ya amplias, ya estrictas, en las que intervienen factores difícilmente objetivables jurídicamente, pero que en todo caso parecen respetar minuciosamente el espacio del poder legislativo. En último extremo, la ponderación de principios responde al intento de hallar un punto de equilibrio entre poderes, entre el Parlamento y el Tribunal Constitucional, afectado necesariamente a causa de la adscripción de derechos restrictivos de potestades tradicionalmente atribuidas al legislativo.

Sin duda, estos problemas adquieren mayor vigor cuando se refieren a derechos a prestaciones en sentido estricto, a derechos sociales fundamentales, pero antes de entrar en ellos ha de hacerse mención de las otras categorías de derechos a acciones positivas del Estado.

Los *derechos de protección* se presentan como derechos subjetivos constitucionales frente al Estado para que actúe fáctica o normativamente en la esfera de las relaciones entre sujetos jurídicos iguales ante intervenciones de terceros. El objeto de estos derechos es la protección de determinadas posiciones individuales, y su imponibilidad implica la exigencia de un hacer (lo contrario que los derechos de defensa) que puede llevarse a cabo de diversos modos; la teoría de los principios permite aquí concebir tales exigencias en el marco de la mayor realización posible de acuerdo con las condiciones fácticas y jurídicas como medio de asimilar su garantía precisamente a los derechos de defensa.

Para este tipo de derechos el problema de la justiciabilidad se complica si se tiene en cuenta que, como se ha apuntado, la obligación del legislador de cumplir el mandato puede satisfacerse mediante diferentes acciones. El legislador escoge el medio que considera más adecuado para garantizar una protección eficaz, con lo que este criterio de la efectividad podría servir para validar su elección, sin embargo, queda abierta la duda sobre a quién corresponde medir tal eficacia y evaluar si se ha intentado alcanzar el máximo grado de realización del principio en tanto mandato de optimización. La respuesta de Alexy a estas interrogantes pretende encontrar, con base en la idea de ponderación, un campo de acción estructural resolutorio de la justiciabilidad de los derechos a protección en el cual los distintos medios que con diferente grado de eficacia atienden a la protección, son confrontados según la intensidad de la afectación que ocasionan en principios opuestos, con el fin de encontrar el medio adecuado que en menor medida lesione a los últimos. Habrá que admitir, en cualquier caso, que la apertura argumental es mayor en lo referente a los

derechos de protección que a los de defensa, pues se ponen en plano de igualdad las pretensiones en conflicto y no se hacen primar intereses particulares iusfundamentalmente garantizados delimitadores en mayor medida, por estar mejor afianzados, del campo de acción del legislador.

Desde la perspectiva de la efectividad, los *derechos a organización y procedimiento* aparecen, a diferencia de los anteriores, como hipotéticos derechos subjetivos orientados a la garantía de las competencias como componente esencial de la defensa judicial de las posiciones iusfundamentales. Describen, en expresión de Häberle, un *status activus processualis* del que emanan derechos frente al Estado que permiten exigirle el establecimiento de determinadas normas procedimentales, o bien, una determinada *interpretación y aplicación concreta* de normas procedimentales. Son indispensables para la protección real de los ámbitos de libertad reconocidos y, en este sentido, son derechos adscriptos a los derechos fundamentales, a cada uno de ellos en tanto sea preciso para su auténtico ejercicio. Su traducción, del lado del Estado, los convierte bien en prohibiciones de eliminación (correspondientes normalmente a derechos del status negativo), bien en obligaciones de creación de posiciones jurídico procedimentales; precisa de acciones positivas, por tanto, con el fin de mantener en vigencia y/o establecer las normativas pertinentes.

Alexy distingue cuatro grupos en relación con el objeto de los derechos: competencias de derecho privado, procedimientos judiciales y administrativos, organización en sentido estricto y formación de la voluntad estatal, que dan lugar a la subjetivización de derechos que van desde el requerimiento de normación de determinados institutos (procedimientos privados de creación de derecho), a la protección jurídica efectiva condicionante del modo de ser mismo de los procedimientos que aproxime un resultado acorde con los contenidos materiales de los derechos fundamentales, incluyendo la regulación necesaria para la cooperación de colectivos y para la participación política. En este caso, la imposibilidad de los derechos señala un límite a la competencia del legislador que se expresa a través de la obligación de llevar a cabo acciones positivas de establecimiento de las condiciones de posibilidad para el efectivo disfrute de las competencias concedidas a los titulares de derechos fundamentales.

Especial interés reúnen los *derechos a prestaciones en sentido estricto*. El problema de la vinculatoriedad de normas adscriptas a disposiciones de derechos fundamentales toma aquí un cariz especialmente virulento por la índole de las obligaciones que genera al Estado. Habrá que aclarar si aquellas normas constituyen auténticos derechos subjetivos del individuo o meras obligaciones objetivas para el Estado, y si generan derechos y deberes definitivos

o *prima facie*, si se quieren despejar las incógnitas relativas a los derechos emblemáticos de acciones positivas.

Entre los extremos de la realización plena derivada de una concepción radical de los derechos sociales como derechos subjetivos que conceden la facultad de exigir determinadas prestaciones con carácter definitivo y, por otro lado, la postura que defiende un ámbito mínimo conectado con derechos objetivos únicamente operativos en tanto principios programáticos, susceptibles acaso de originar posiciones jurídicas *prima facie*, se libra el debate sobre los contenidos atribuibles con un cierto grado de certeza a los derechos sociales adscriptos por la jurisdicción constitucional. En apoyo de la primera tesis se arguye que la libertad jurídica es irrealizable sin la libertad fáctica necesaria para proporcionar al individuo un sustrato material en el que desarrollarse libre y dignamente, además de que, sin ésta, la libertad jurídica resulta irrealizable; en contra, se objeta que si se concede un valor vinculante a los derechos sociales, la política social (con sus derivaciones financieras) se desplaza desde la competencia del parlamento a la del tribunal constitucional con la presunta quiebra del principio formal de la división de poderes, así como se subraya su irreconciliabilidad, o cuando menos su oposición, con normas materiales constitucionales.

El intento de Alexy por armonizar cuantas razones válidas se aportan en esta polémica recurre una vez más a la teoría de los principios sustentada en la idea rectora formal arriba citada (concepción formal de los derechos fundamentales). Sólo así cabe llegar, se dice, con medios específicamente jurídicos a una delimitación exacta del contenido y la estructura de los derechos fundamentales sociales abstractamente formulados<sup>19</sup>. La ponderación de principios ligados a la libertad fáctica y de principios materiales (libertad jurídica, otros derechos sociales, bienes colectivos) es la vía de determinación de los derechos fundamentales que el individuo posee definitivamente, así, *una prestación jurídica está definitivamente garantizada iusfundamentalmente si (1) la exige muy urgentemente el principio de la libertad fáctica y (2) el principio de la división de poderes y el de la democracia... al igual que (3) principios materiales opuestos... son afectados en una medida relativamente reducida a través de la garantía iusfundamental de la posición de la prestación jurídica y de la decisiones del Tribunal Constitucional que la toman en cuenta*<sup>20</sup>.

A pesar de la tentativa de equiparar derechos del status negativo y derechos sociales, la inexistencia de éstos desde el punto de vista de las reglas

<sup>19</sup> Desde luego se admite su carácter vinculante (derecho subjetivo) *prima facie*.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 495.



rebaja su relevancia en la confrontación. Por eso Alexy se ve constreñido a conceder sólo a los derechos sociales mínimos (mínimo vital, vivienda simple, educación escolar, asistencia médica básica) la condición de derechos subjetivos definitivos al ser los que integran la expectativa resistente a cualquier principio adverso con el que hayan de ponderarse. Esto da pie para sostener que la libertad presupuestaria del parlamento está ciertamente limitada, pues tales derechos pesan más que razones de política financiera dadas las circunstancias económicas por las que atraviesa el Estado en un momento dado; si éstas cambiaran, igualmente lo harían las ponderaciones y, consiguientemente, los derechos definitivos que de ellas resultaran. Sin embargo, debe reconocerse que la asunción de semejante modelo supone una complicación añadida para el señalamiento de la competencia del titular del derecho, así como para el establecimiento del procedimiento correspondiente. Dejar, como hace Alexy, la solución en manos de la competencia del tribunal constitucional dice poco en pro del fortalecimiento estructural de los derechos y su efectiva garantía, aunque sí sea posible subsanar estos problemas de manera más o menos casuística.

En definitiva, la consideración de los derechos sociales fundamentales como deberes *prima facie* nacidos de principios jurídicamente vinculantes, conlleva el control judicial de los contenidos sociales de la Constitución, delimitadores también de la competencia legislativa ordinaria, mas sólo cuando aparecen a modo de *lo definitivamente debido*, es decir, resultado de una ponderación que tiene en cuenta principios formales y materiales opuestos. Pero su desenlace, consecuentemente, nunca podrá poseer la previsibilidad deseable desde un punto de vista jurídico constitucional <sup>21</sup>.

### 3. La significación jurídica de los derechos fundamentales. La clave de la argumentación

La supremacía sobre el resto del ordenamiento que confiere a los derechos fundamentales su pertenencia al texto constitucional comunica a las reflexiones anteriores una trascendencia que no puede pasar inadvertida para la teoría gene-

---

<sup>21</sup> Al respecto, se ha destacado en defensa de la subjetividad de tales derechos y frente a su fragilidad conceptual que *carecen de contenido constante: necesitan ser adaptados, modelados, diferenciados...*, porque sólo tienen sentido en el marco de lo posible, lo oportuno, aparte de que, además, algunas de las materias en que aparecen este tipo de garantías no gozan de un aceptable grado de perfección normativa. Sin embargo es necesario que, a pesar de esta situación, las garantías sociales no queden relegadas al nivel de las promesas puramente programáticas, en palabras de ALMOGUERA, J.: «Conceptos jurídicos indeterminados y jurisprudencia constitucional en el Estado social», en E. OLIVAS (ed.), *Problemas de legitimación en el Estado social*, Madrid, Trotta, 1991, p. 114.

ral. Su *fundamentalidad* formal y, sobre todo, material, resultante del lugar cardinal ocupado en la normativa estatal, acarrea la proyección de la regulación iusfundamental sobre la generalidad del sistema jurídico. El *efecto en tercero o efecto horizontal* da cuenta de tal centralidad de los derechos fundamentales, pues no sólo determinan posiciones recíprocas ciudadano-Estado, sino que también afectan a las relaciones establecidas estrictamente entre sus titulares. Si se admite esto, a los órganos jurisdiccionales correspondería, nos dice Alexy, realizar un juicio, previo a la aplicación del derecho privado, sobre la adecuación de las normas aplicables de éste último a los principios iusfundamentales, susceptibles de ser hechos valer por las partes. De esta manera, quedaría fundamentado un derecho de defensa de dichas posiciones nacidas de principios constitucionales cuando los jueces no las consideraran debidamente en la resolución de casos concretos.

La penetración del derecho privado por los principios iusfundamentales pone de manifiesto el protagonismo asignado a los derechos respectivos en los diferentes niveles de creación y aplicación del Derecho. Si a ello sumamos el carácter dinámico de una jurisprudencia guiada por la teoría de los principios, alcanzaremos a ver la magnitud de las dificultades y su auténtica dimensión para la comprensión del sistema jurídico en su totalidad, pues a éste se traslada la abstracción propia de los procedimientos de ponderación con toda su problemática. Esta conexión supone acaso conceder a la jurisdicción ordinaria la ocasión de operar con base en un paradigma dogmático nuevo con la consiguiente transformación de sus funciones, algo sobre lo que Alexy no alcanza a reflexionar para llevarlo hasta sus últimas consecuencias, pero cuya trascendencia es difícilmente soslayable.

A lo largo de estas páginas se ha remitido repetidamente a las respuestas suministradas por la teoría de la argumentación de los derechos fundamentales para concluir las diferentes cuestiones que se han venido repasando. Es así porque la apertura de las normas iusfundamentales a la moral y el papel concedido a conceptos centrales de la filosofía política y la filosofía práctica conduce, pues están incorporados al derecho positivo, al planteamiento de problemas de justicia (cuya idea se proyecta en todos los ámbitos del derecho estatal) sólo resolubles en aquél estadio. La ruptura de la distinción entre el «discurso interpretativo» y el «metadiscurso» que de él se ocupa <sup>22</sup> que tiene lugar en este sistema conducirá a resultados notablemente originales.

La composición de la unidad a través la idea de la supremacía constitucional aplicada sobre las premisas del derecho racional moderno (consumado

---

<sup>22</sup> GUASTINI, R., *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1980, p. 215.

en la forma del Estado constitucional democrático que Alexy da por supuesta), unida a la incorporación de contenidos materiales polémicos, convierte al Tribunal Constitucional en pieza clave para delimitar el alcance de los derechos inscritos y supuestos en la Constitución y, en consecuencia, para fijar la articulación de todo el sistema jurídico. De otro lado, tampoco cabe acotar sus competencias a las de mero legislador negativo, pues no sólo dispone sobre lo permitido y lo prohibido, sino también sobre lo ordenado constitucionalmente<sup>23</sup>, diluyendo la linde con la competencia del legislador y originando un serio problema de equilibrios. Dicho esto, de lo que se trata es de analizar el proceso de argumentación iusfundamental para intentar hallar su propia autojustificación, la legitimación de las decisiones tomadas en el contexto jurídico político del Estado<sup>24</sup>.

Alexy destaca dos niveles principales de argumentación: en primer lugar uno material, que persigue dilucidar cuándo estamos ante un caso de derecho fundamental, o lo que es lo mismo, cuándo puede afirmarse la existencia de posiciones y la concurrencia de principios iusfundamentales<sup>25</sup>; en segundo lugar, en el nivel epistemológico y metodológico, se pregunta cuál debe ser el camino seguido por la argumentación para llegar a una decisión correcta. Un tercer nivel, de carácter funcional, se ocuparía de la oportunidad política y las connotaciones que sus resoluciones puedan tener en un cierto momento, si bien se sitúa en un lugar secundario.

Con independencia de que deban tenerse en cuenta los argumentos aportados en los tres niveles, el mayor interés se concentra en la relación de vinculación entre argumentación y decisión. Por los motivos aducidos sabemos que la ciencia del derecho<sup>26</sup> no provee de los instrumentos suficientes para la resolución unívoca de los casos complejos. La exigencia de racionalidad (la legitimación de la razón sigue operando como sustrato del derecho moderno) de las valoraciones necesarias se ve obligada a recurrir al discurso práctico general, que proporciona teorías procedimentales a partir de las cuales pueden

<sup>23</sup> Sobre el papel normativo de carácter positivo asumido por la justicia constitucional, *vid.*, A. PIZ-ZORUSSO, «I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi», en *Quaderni Costituzionali*, nº3, en número monográfico *La Giustizia Costituzionale in Europa: dai modelli alla prassi*, Bolonia, Il Mulino, 1982, p. 522.

<sup>24</sup> Especialmente crítico en este aspecto se muestra PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 118-125.

<sup>25</sup> Para el tratamiento de esta cuestión hay que enviar a la teoría amplia del supuesto de hecho (R. ALEXY, *Teoría cit.*, pp. 292-321). A ella está vinculado el problema del aumento de casos y la tendencia expansiva experimentada por la jurisdicción constitucional.

<sup>26</sup> Alexy resume sus bases, quizá de manera excesivamente sucinta, haciendo mención de la ley, el precedente y la dogmática.

introducirse agregados jurídicos para poder hablar de argumentación jurídica en sentido propio. Dichos agregados vendrán dados sucesivamente, siguiendo la exposición de Alexy, por los componentes racionales del procedimiento legislativo, el discurso jurídico en torno a la ley, y el procedimiento judicial que consuma la paulatina reducción de la inseguridad del resultado<sup>27</sup>.

Ahora bien, en el caso de la argumentación iusfundamental todo se complica notablemente. La sujeción deja de mirar a la ley para ceñirse al texto constitucional, paradigma de apertura genética, y a los precedentes, que traen causa de las decisiones anteriores de la jurisdicción constitucional y establecen juicios permanentes sobre determinados extremos en casos *suficientemente* iguales, como fórmulas favorables al control racional de la argumentación. No obstante, su fuerza vinculante aparece también aquí *prima facie* (la carga de la prueba recae sobre la parte que desea apartarse de ellos) impidiendo una aplicación rígida, pero en cualquier caso la fuerza de los precedentes decae ante la preeminencia de la teoría general dogmática que, aunque tiene en cuenta tanto el texto de la Constitución y la voluntad del constituyente como los precedentes jurisprudenciales, pone el acento en el carácter abstracto de la argumentación iusfundamental. En fin, se echa en falta un mayor detenimiento en este capítulo esencial, pues es inevitable preguntarse por la compatibilidad de la función de los precedentes con la teoría abierta de los principios, cuál es su valor si no están correctamente argumentados, y quién decide ésto, si no quiere caerse en un razonamiento circular. Las dificultades para asociar la función del precedente y la significación de la norma adscripta, determina la pérdida de entidad de esta última por su deficiente consolidación en la normativa constitucional.

El sistema de argumentación y decisión, en su conjunto, hace referencia a una teoría normativa cuya validez deviene del hecho de no haber sido refutada (aun cuando siempre sea refutable) y que *es sólo posible bajo la forma de una teoría de los principios*<sup>28</sup> ligada a conceptos axiológicos y teleológicos encuadrados en un marco de opciones correspondientes a posturas básicas<sup>29</sup>, de ahí, la materialidad de la teoría. No obstante, la máxima de control de la racionalidad mantiene la tensión mediante la estructura explicativo-justificati-

<sup>27</sup> Una explicación desarrollada sobre la articulación de este proceso puede verse en R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 272-280.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 541.

<sup>29</sup> Toma de E.W. BÖCKENFÖRDE («Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation», en *NJW* 1974, p. 1529) la distinción de cinco teorías materiales de los derechos fundamentales: la liberal o burguesa del Estado de Derecho, la institucional, la axiológica, la democrático funcional y la del Estado social. Véase ALEXY, *Teoría* cit., p. 541.

va (formal) del método de ponderación, de un lado, y de otro, a través de la búsqueda del equilibrio con la legislación ordinaria proporcionada por la teoría agregadora *prima facie* de los principios (materiales y formales) más encontrados. Por eso Alexy asume que *las prioridades prima facie conducen sólo a una estructuración apoyada en los principios, pero no a un orden duro que establezca para cada caso concluyentemente un único resultado*<sup>30</sup>, con lo que se rechaza la posibilidad de relaciones concretas de prioridad y se convierte a la teoría material (en los márgenes de la Ley Fundamental, de la libertad jurídica y la libertad fáctica básicamente) en una construcción formal que poco dice sobre el alcance preciso de los principios.

Por eso la *Teoría de los derechos fundamentales* de Alexy deja traslucir la imposibilidad de reconciliar un sistema formal estricto con las exigencias concretas de la justicia, que es lo que constituye el problema crucial para una reflexión ética convertida en clave de comprensión de la base y el sentido del ordenamiento jurídico. La noción de justicia recupera así su protagonismo en el área de lo jurídico por un camino distinto al de los modelos dualistas proporcionados por las diversas doctrinas iusnaturalistas, pero alude a la conexión entre Derecho y justicia, que sí se presenta como constante histórica hasta nuestros días<sup>31</sup>. La ubicación por parte de Alexy del discurso práctico general en el comienzo del proceso de argumentación jurídica deja ver cómo los problemas de justicia se anteponen al «hecho normativo», a pesar de conceder a éste todo el peso conferido por una herencia y una mentalidad positivista irrenunciable.

Estos son los términos elementales de una dialéctica que desde el formalismo ético kantiano ha venido reconociendo los límites de la razón abstracta en su relación con la realidad vivida, y es en este sentido en el que puede destacarse la proximidad de esta teoría con otras formulaciones contemporáneas de la razón práctica que comparten en buena medida la tendencia a la fusión de método y objeto al reconstruir permanentemente la relación entre el lenguaje y los objetos reales por él designados<sup>32</sup>. Es una operación que no resulta extraña

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 551. Aquí es evidente la discordancia con el enfoque de R. DWORKIN, más proclive a la posibilidad de hallar una respuesta correcta incluso en este ámbito. Vid. *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1989, pp. 396-411.

<sup>31</sup> En el artículo «On Necessary Relations between Law and Morality», Alexy establecerá una relación de carácter *definitorio* entre el conjunto del sistema jurídico y las máximas éticas, según la cual la incorrección acerca de dicha correspondencia implica la invalidez del primero. A ello se refiere el estudio de R. SILTALA, trad. de M.J. Añón, «Derecho, moral y leyes inmorales», en *Doxa* (Alicante, 8/1990), pp. 149-170.

<sup>32</sup> Algunos aspectos básicos se encuentran, por ejemplo, en el pensamiento de H.G. GADAMER, cuyo paradigma hermenéutico pone el acento en la interpretación como núcleo de una comprensión totalizadora y a la vez contextualizada temporal y materialmente (*Verdad y método*, trad. de A. Agud. y R. Agapito, Salamanca, ed. Sígueme, 1977, pp. 343 y 378).



en la esfera jurídico constitucional toda vez que se ha admitido la atribución de una tarea de configuración social a la jurisdicción constitucional con la consiguiente adopción de criterios funcionales en la toma de decisiones<sup>33</sup>. Pero quizá las semejanzas más relevantes se encuentren en el concepto de *discurso racional* de Habermas<sup>34</sup>, en tanto que de él toma el punto de partida para describir el óptimo de una situación comunicativa -reglas de razón- (en este caso concretada en un espacio institucional), y con él afirma la posibilidad de ofrecer una respuesta racional en las decisiones jurídico-constitucionales.

La asimilación de tales premisas significa no sólo revalidar el papel de la razón práctica en el discurso jurídico, sino reafirmar sus vínculos con procesos participativo-democráticos como requisito de legitimación de aquella misma racionalidad, bajo la creencia de que los frutos de la razón práctica pueden efectivamente conformar la realidad social a través de un consenso ético antepuesto (o implantado) en el sistema jurídico<sup>35</sup>.

De ahí surgen la mayoría de las críticas que han venido oponiéndose al sistema de Alexy, sean de carácter conceptual o ideológico<sup>36</sup>. Mas cuantas objeciones quieran y deban hacerse a este proyecto llevan a una discusión en el terreno metodológico, donde encuentran su lugar adecuado y han de mostrar su fertilidad.

A modo de conclusión, puede afirmarse que este estudio desbroza un camino que, hoy por hoy, no parece posible ignorar. Antes que eludir los problemas esenciales, asume el riesgo de ponerlos a la luz e intenta dar una respuesta cuya vulnerabilidad no resulta sino de su virtud; cuando se ha pretendido elaborar una teoría general de los derechos fundamentales desde una perspectiva totalizadora de lo jurídico, la apertura misma de los problemas posee tanto valor como el empeño en hallar su solución. En cualquier caso, la Teoría no dejará de contribuir a enriquecer la polémica sobre este aspecto capital de la filosofía jurídica contemporánea.

<sup>33</sup> La intervención promocional de los tribunales constitucionales encuentra en la tesis de la «materialización de la ley» la vía de justificación para el logro de fines sociales en el límite de sus competencias.

<sup>34</sup> Esta conexión ha sido afirmada contundentemente por M. ATIENZA, quien escribe que *de todas ellas, la influencia fundamental es, sin duda, la de Habermas. La Teoría de Alexy -en alusión a la Teoría de la argumentación jurídica- viene a significar, por un lado, una sistematización y reinterpretación de la teoría del discurso práctico habermasiana y, por otro, una extensión de esa tesis al campo específico del Derecho*. Vid. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991 (reimp. 1993), p. 178.

<sup>35</sup> Habermas plantea la necesidad de la justificación material del Derecho, al asociarlo a *los órdenes legítimos del mundo de la vida* que para él forman parte del trasfondo de la acción comunicativa. Vid. HABERMAS, J.: *Teoría de la acción comunicativa* (Tomo II), trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 1987, , pp. 515 ss.

<sup>36</sup> Una buena sinopsis se encuentra en ATIENZA, M., *Las razones del Derecho*, op. cit., p. 206-233